



GRUPO
EMPRESARIAL
CEAS

ESPECIALISTAS

Comentarios sobre Contratación Pública.

William Saúl Yáñez Ruíz

William Saúl Yáñez Ruíz



**“COMENTARIOS SOBRE
CONTRATACIÓN PÚBLICA”**

COMENTARIOS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

I. INTRODUCCIÓN

A partir de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública el 04 de agosto del año 2008, se introdujeron cambios significativos a la forma en que el Estado y sus instituciones adquieren bienes, obras y/o servicios, incluidos los de consultoría, los mismo que han obligado a todos los actores que intervienen en la Contratación Pública a mantenerse actualizados en la materia, propendiendo así no solo a garantizar la efectiva contratación, sino también a alcanzar una armonía en las relaciones contractuales entre el Estado y sus proveedores, lo cual sin lugar a dudas coadyuvara a la correcta prestación de servicios por parte de las instituciones estatales, permitiendo al Estado cumplir con su obligación de satisfacer las necesidades públicas.

Por ello, el presente ensayo, pretende no solo analizar a la Contratación Pública como el mecanismo que permita estabilizar las relaciones entre administrados y administrador, sino crear lazos laborales estables, no solo a nivel de actores de la contratación pública (entidad contratante – contratista), sino también entre todos quienes de alguna manera intervienen en el cumplimiento de sus fines. En efecto, es tan lógico intentar alcanzar este objetivo, sobre todo por la gran importancia

que ha tomado la materia en el mercado nacional, y es que no podemos olvidar que además de los beneficiarios finales de los contratos estatales, dentro de este campo, intervienen muchos actores vinculados a él, como por ejemplo en un contrato de ejecución de obras podemos encontrar una gran cantidad de ingenieros, arquitectos, obreros y demás trabajadores que bajo las órdenes de un contratista pretenden alcanzar sus objetivos personales; ello sin olvidar que para la correcta ejecución de la obra ejemplificada, los trabajadores deben satisfacer sus necesidades, para lo cual hacen uso de instalaciones cercanas al sitio de la obra, como por ejemplo restaurantes, farmacias, mercados, etc., demostrando así que la Contratación Pública, no solo permite al Estado cumplir con sus fines, sino que influye en el crecimiento de una población que se ve beneficiada del incremento de su actividad debido a la ejecución de una obra.

Ahora pensemos en muchas obras de este tipo ejecutándose en distintas ciudades del país, generando el mismo efecto por todas partes por donde la Contratación Pública ha encontrado su paso, evidentemente tendríamos un motor generador de una economía en crecimiento que busca alcanzar una estabilidad necesaria para su sostenimiento.

II. DESARROLLO

Es indiscutible que la Contratación Pública influye de manera directa en la economía de nuestro país, generando la satisfacción de necesidades; empero no debemos olvidarnos de que en la Contratación Pública intervienen varios sectores,

como por ejemplo personas naturales y jurídicas, organismos estatales, las instituciones financieras y en otros casos, los organismos internacionales que interviene a manera de financistas de proyectos. En este sentido, constituye un enorme motor generador de empleo.

A pesar de estas evidentes ventajas que la Contratación Pública tiene sobre cualquier otra ciencia del Derecho, todavía se mantiene como una rama dependiente de otras, es decir, en nuestro país aún no hemos podido desarrollar un organismo regulador con capacidad de juzgamiento y sanción en temas estrictamente ligados a Contratación Pública, lo cual nos deja un paso atrás en el deseo de desarrollo y crecimiento de la materia en relación a nuestros vecinos de la región quienes han podido consolidar las Contrataciones del Estado en una ciencia independiente, que incluso cuenta con su propio juzgador.

No obstante ello, no es intención del autor señalar únicamente las falencias de la contratación pública, sino también las fortalezas que servirán de base para el desarrollo de esta materia; razón por la cual considero necesario referirme al instrumento que viabiliza las relaciones comerciales entre entes públicos y privados, es decir el contrato.

El contrato tiene dos protagonistas principales, uno de ellos es imprescindiblemente el Estado, representado a través de cualquiera de sus instituciones, quienes pueden intervenir ya sea como contratante o contratista, en cuyo caso, el contrato será de carácter interestatal sin que ello implique que este tipo de contratos puedan ser celebrados inobservando la Ley vigente en la

materia, de ahí que la única *–pero principal–* diferencia es que en este tipo de contratos, las normas del mismo, serán aplicadas en igualdad de condiciones, lo cual no sucede en el contrato celebrado entre el Estado y un privado.

Dentro de los aspectos generales del contrato, también es importante destacar la existencia legalmente reconocida de los convenios celebrados con organismos internacionales, los cuales basados en el orden jerárquico de las normas del derecho, se encuentran por sobre la norma local, de ahí que durante la ejecución de los contratos derivados de dichos convenios, se observará lo dispuesto en éstos y no lo establecido en nuestra normativa local.

Ello, naturalmente obliga a contar con un convenio que contenga cláusulas muy especializadas, pues sobre ellas se procederá no solo a seleccionar y adjudicar el contrato a la mejor oferta, sino que bajo su tutela se ejecutará el contrato en general, e incluso se solucionarán las controversias que pudieran presentarse. Al respecto, es preciso mencionar que uno de los principios generales del Derecho que debe estar presente en los contratos, es la buena fe en su ejecución, no obstante existe una notoria desigualdad de condiciones entre contratante y contratista, lo cual evidentemente busca proteger al Estado y garantizar el uso del recurso público.

No obstante los principios con que debe desenvolverse la ejecución de contratos, es evidente que durante su plazo de ejecución, pueden presentarse circunstancias que obliguen a la entidad contratante a tomar medidas necesarias a fin de

garantizar el cumplimiento de los fines de la entidad contratante, de ahí la posibilidad legal de terminar anticipadamente un contrato.

Todos sabemos que un contrato termina *–normalmente–* por el cumplimiento de las obligaciones de las partes dentro del plazo establecido para el efecto, sin embargo, en ocasiones se presentan circunstancias que hacen necesaria una terminación anticipada del contrato, mediante la cual se extingan las obligaciones pendientes y se liquide económicamente el contrato. De esta manera, podemos indicar que un contrato termina normal o anormalmente.

Normalmente cuando las partes han cumplido con todas sus obligaciones dentro del plazo contractualmente establecido, y anormalmente en los casos de terminación por mutuo acuerdo del contrato y terminación unilateral del contrato.

La terminación por mutuo acuerdo del contrato, constituye la posibilidad que se ha otorgado a las partes para extinguir todas o parte de las obligaciones adquiridas por ellas, en función de circunstancias de naturaleza técnica, económica, o simplemente por no ser conveniente para los intereses institucionales de la entidad contratante; mientras que la terminación unilateral del contrato, constituye una potestad administrativa de la que ha sido dotada la entidad contratante para impedir que el daño o perjuicio que se está presentando en la ejecución del contrato continúe y afecte aún más a los intereses del Estado.

Recordemos que la necesidad de salvaguardar los intereses estatales, debe ser una obligación de todo funcionario público, de ahí que la entidad contratante al momento de celebrar el contrato, nombra un administrador del contrato, quien es

el encargado de representar los intereses institucionales y velar por el cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes, sobre el recae la obligación de autorizar pagos, aprobar productos, solucionar problemas administrativos e imponer multas, entre otras, lo cual evidencia una necesidad de que quien ejerza el cargo de Administrador del Contrato, sea una profesional que conozca de cerca el objeto de la contratación, con amplio criterio en el manejo de situaciones tanto técnicas como económicas, es decir un profesional cuya actuación propenda a la correcta ejecución del contrato y no al entorpecimiento de su desarrollo.

No está por demás señalar que, este nivel de profesionalismo, debe estar presente no solo en quien ejerza la administración del contrato, sino en todos los funcionarios de una institución que intervienen en cada una de las etapas del procedimiento de contratación. En efecto, debido a la naturaleza misma de la Contratación Pública, es innegable el alto grado de participación que tienen los servidores públicos en todo el procedimiento que comprende la contratación, esto es durante la fase precontractual, así como en la etapa contractual. Ante esta evidente influencia, corresponde entonces al Estado el implementar a la brevedad posible, métodos objetivos de seguimiento, capacitación y preparación para el cargo y funciones que los empleados públicos van a desempeñar.

Mencionamos el tema de la capacitación, pues considero que la evolución de los procedimientos de contratación, así como de la realidad socio-económica que los rodea, hacen necesario que toda persona que va a desempeñar un cargo público,

deba estar provista de la suficiente capacidad para lograr ser más objetivos y coadyuvar al desarrollo del país.

Lamentablemente esto no ha podido evidenciarse, por el contrario, son cada vez más frecuentes los casos en que se presentan inconvenientes derivados de la falta de capacidad de quienes intervienen en los procedimientos de contratación en calidad de administradores de contratos, inconvenientes que incluso atentan contra toda razón y lógica, pero que es evidente que influyen de manera negativa en el desarrollo de todo procedimiento de contratación.

Ello, hace necesario que a la par de los programas de capacitación cada vez más exigentes e integrales, se ejerza un mayor control por parte de los órganos correspondientes, lo cual en un criterio personal permitirá fomentar la responsabilidad de cada uno de los funcionarios. Efectivamente, al hablar de control y responsabilidad, es menester tener en consideración que la responsabilidad es consecuencia del control que ejerza el Estado a través de sus organismos correspondientes, logrando así que los recursos públicos (económicos, financieros, materiales e incluso el factor humano) sean utilizados correctamente, esto es que, se constituyan en una inversión y ahorro de recursos.

Una idea consecuentemente expuesta por el autor en trabajos académicos anteriores, es que el control y la determinación de responsabilidades de los servidores públicos, debe estar presente antes, durante y después de todo procedimiento contractual, fomentando así la correcta administración de recursos

públicos, así como la imagen de eficiencia y eficacia frente a terceros que tienen relación directa o indirecta con la ejecución de un procedimiento contractual.

En efecto, resulta tan importante la determinación y el ejercicio de la responsabilidad de cada funcionario que, la Constitución del Ecuador, en su artículo 223, señala que “**Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones**, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos...” (Las negrillas y el subrayado me corresponden)

Por su parte, y dentro del mismo contexto, de determinación de responsabilidades, el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, señala “Art. 40.- Responsabilidad por acción u omisión.- **Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán, por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en esta ley.**” (Las negrillas y el subrayado me corresponden)

Resulta evidente entonces la importancia que la responsabilidad reviste para el correcto ejercicio de las actividades estatales, sobre todo en materia de Contratación Pública, no nos olvidemos que la responsabilidad del Estado es fruto del ejercicio mismo de las actividades propias que éste realiza, de ahí que, indiscutiblemente la buena o mala imagen del Estado y sus instituciones, depende

primordialmente del comportamiento de los funcionarios públicos y hace necesaria una capacitación constante y adecuada a fin de alcanzar el nivel de prolijidad y especialización requerido para ubicar al servicio público como uno de los motores generadores de la economía nacional.

En otro contexto, la Contratación Pública ecuatoriana contempla la posibilidad de contratar con una variedad de posibles proveedores, sean estas personas naturales, jurídicas, nacionales, extranjeras, compromisos de asociación o consorcio, o asociaciones o consorcios constituidos, los mismos que deben cumplir los requisitos predeterminadamente establecidos.

Los requisitos necesarios para la participación de los proveedores del Estado establecidos en la Resolución No. RE-2013-0000082 de 15 de febrero de 2013 del Servicio Nacional de Contratación Públicas –SERCOP, se han denominado como reglas de participación de proveedores, sin el cumplimiento de las cuales, el proveedor será descalificado del procedimiento de contratación y que son: **a)** tener domicilio en Ecuador; tener mínimo dos años de existencia legal, y acreditar un patrimonio mínimo conforme el siguiente detalle:

PRESUPUESTO REFERENCIAL USD.	MONTO QUE DEBE CUMPLIRSE DEL PATRIMONIO U.S.D.	
	FRACCIÓN BÁSICA	EXCEDENTE
0-200.000	25% del presupuesto	-----

	<i>referencial</i>	
<i>200.000 - 500.000</i>	<i>50.000.00</i>	<i>20% sobre el exceso de 250.000.00</i>
<i>500.000 - 10'000.000</i>	<i>100.000.00</i>	<i>10% sobre el exceso de 1'000.000.00</i>
<i>10'000,000 en adelante</i>	<i>1'000.000.00</i>	<i>Más del 5% sobre el exceso de 20'000.000.00</i>

Adicionalmente, no podemos dejar de lado que, además del cumplimiento de estas reglas establecidas en la resolución del SERCOP anteriormente mencionada, corresponde a todo proveedor del Estado, sin perjuicio de su condición (personas naturales, jurídicas, nacionales, extranjeras, compromisos de asociación o consorcio, o asociaciones o consorcios constituidos) observar las disposiciones relativas a participación nacional.

Sin embargo, en el presente trabajo, se hará un breve análisis respecto al más importante –*en un criterio personal*– de los requisitos de participación, al primero de todos y que da origen a la posibilidad de iniciar una relación entre el Estado y los proveedores, sin el cual ni siquiera los proveedores tendrían la necesidad de cumplir con ningún otro requisito adicional, develando un poco la duda respecto al orden de “jerárquico” de los requisitos, tenemos el registro y habilitación de cada proveedor en el **Registro Único de Proveedores**.

En efecto, recordemos que el primer requisito para pretender participar como proveedor del Estado, es el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para el registro y habilitación de dicho proveedor en el Registro Único de Proveedores RUP a cargo del SERCOP.

En efecto, para respaldar este criterio de importancia del RUP, basta con mirar un poco al pasado, para darnos cuenta que la creación del Registro Único de Proveedores implicó toda una revolución a la manera en que las entidades contratantes llevan adelante sus procedimientos de contratación; pues basta con recordar que antes de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP –publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008- cada entidad contratante mantenía su propio registro de proveedores, el mismo que era manejado de diferente manera por cada institución.

No cabe duda que esta situación constituía un limitante a la gestión de compra de las entidades contratantes, pues debido a la existencia de varias bases de datos cada entidad debía solicitar al contratista los mismos documentos presentados por éste en otra institución, lo cual hacía que previo a cada procedimiento de contratación el proveedor deba presentar nuevamente los mismos documentos, afectando así la agilidad con la que debe desarrollarse todo procedimiento sujeto a la LOSNCP.

Empero, en un criterio personal, el principal inconveniente que se presentaba con la existencia de una base de datos de proveedores por cada entidad contratante,

era la imposibilidad de sancionar a los contratistas que habían incumplido sus contratos con las demás instituciones del Estado. En efecto, la imposibilidad de contar con una base de datos única e interconectada, impedía a las entidades contratantes conocer el historial de contratos ejecutados por un contratista y si éste había cumplido o no sus obligaciones con otras instituciones.

De esta manera, había el camino abierto para que cualquier institución contrate a un proveedor incumplido, lo cual a toda luz constituía un perjuicio hacia las entidades contratantes, pues, bajo el panorama antes descrito, tenemos un proveedor incumplido quien en lugar de recibir algún tipo de sanción, es premiado con la adjudicación de muchos otros contratos por las demás entidades contratantes quienes, por las consideraciones antes expuestas, desconocían de esta condición.

Por ello, en el Registro Único de Proveedores – RUP, creado por la LOSNCP, apareció el Registro de Incumplimientos, que no es sino una base de datos, donde constan todos los proveedores del Estado ecuatoriano que han sido declarados contratistas incumplidos y/o adjudicatarios fallidos¹.

Cabe señalar que de conformidad con la normativa vigente en la materia, todo proveedor incluido en el registro de incumplimientos, está imposibilitado de

¹ Un Proveedor se considera incumplido, cuando ha celebrado un contrato con el Estado ecuatoriano o cualquiera de sus instituciones, y por causas imputables al contratista, éste no ha cumplido con las obligaciones adquiridas para con la entidad contratante.

Por otro lado, se considera adjudicatario fallido al proveedor que resultó adjudicado con un contrato, sin embargo, por causas imputables a éste no se ha procedido a celebrar el respectivo contrato.

contratar con el Estado ecuatoriano durante 5 años en el caso de contratistas incumplidos y 3 años para quienes han sido declarados como adjudicatarios fallidos.

Como toda sanción impuesta por la ley, la inclusión en el registro de incumplimientos, debe cumplir con el trámite legal correspondiente a fin de garantizar al contratista la observación del debido proceso.

Otra de las novedades más relevantes del RUP, es el clasificador central de productos - CPC, que es la base de datos en la cual constan los productos requeridos por las entidades contratantes; por ello, corresponde a cada uno de los proveedores del Estado, habilitarse en cada una de las categorías del clasificador, a fin de ofertar sus bienes y/o servicios.

No obstante la finalidad antes descrita, debido a la experiencia del autor, el contenido de la actividades constantes en el clasificador central de productos, no alcanza a satisfacer las necesidades reales de los objetos de contratación requeridos por las entidades contratantes, a tal punto que en muchos procedimientos de contratación se utilizan los objetos que más se asemejen a los requeridos por la entidad contratante, lo cual guarda mucha lógica, por la posible similitud entre objetos, no obstante, debemos recordar que el Sistema a pesar de ser lo más adelantado y sofisticado del mundo informático, siempre estará supeditado al criterio del ser humano que es quien finalmente lo manejará.

De esta manera hemos visto como existen procedimientos de contratación bajo códigos que no guardan relación con lo requerido, y viceversa, la habilitación de proveedores en códigos del clasificador que no guardan relación con las actividades que conforman el objeto de los proveedores.

Al respecto, es preciso mencionar que estas circunstancias, han sido cada vez menos visibles, pues se han implementado criterios internos de gestión que no permiten fomentar estas situaciones, un ejemplo de ello, es el contenido del artículo 8 de la Resolución 052 del SERCOP, en la cual se establece que un proveedor puede habilitarse en más de una categoría del CPC, siempre que tales categorías guarden relación con las actividades económicas constantes en el RUC.

Cabe señalar que, la necesidad de cumplir con todos estos requisitos, es indistinta de la condición del proveedor, es decir es de cumplimiento obligatorio para cada uno de ellos, para cualquier procedimiento en que deseen participar; contrario resulta la capacidad de control de los organismos correspondientes, la cual necesariamente va en función primordialmente del monto del procedimiento de contratación. De esta manera, a mayor monto del contrato, mayor control le corresponde.

Así las cosas, es evidente que el mayor control deberá recaer sobre los procedimientos correspondientes a Licitación y Concurso Público, pues recordemos que una Licitación es el procedimiento mediante el cual el Estado cualquiera de sus instituciones, hace una invitación abierta a todos los

proveedores para que presenten sus ofertas en torno a una determinada materia – excepto consultoría-, luego de lo cual, el Estado, sobre la base de los parámetros de evaluación anteriormente establecidos, escoge a la propuesta más favorable a sus intereses. Mientras que por concurso público, se entiende a la invitación a todo proveedor debidamente habilitado en el RUP para que presenten sus ofertas referentes únicamente a actividades de consultoría.

A pesar de que en el presente trabajo, no se realizará un análisis detallado de todos los procedimientos de contratación, por su extensión, si indicaré características generales básicas que estos procedimientos tienen en común, y es que a pesar de sus normas y condiciones propias, todos los procedimientos de contratación establecidos en la LOSNCP, comparten varias características comunes, como por ejemplo las siguientes:

- a) **Son procedimientos normados.**- todas las etapas o fases que conforman un procedimiento de contratación, se encuentran establecidas en la LOSNCP y reglamentadas por su Reglamento General.

- b) **Solemnidad.**- es decir que en cada uno de ellos han de observarse sus condiciones establecidas, sin que pueda omitirse una sola de ellas, pues ello generaría la nulidad del Contrato.

- c) **Uso del portal.**- Todo procedimiento, debe ser realizado a través del portal institucional.

- d) Selección de mejor oferta.-** toda metodología de evaluación de ofertas, busca alcanzar como objetivo final que la máxima autoridad de la entidad contratante adjudique el contrato a la mejor oferta.
- e) Publicidad.-** todos los procedimientos son de carácter público, es decir que cualquier persona puede tener acceso a participar (en el ámbito de su condición) y/o puede acceder a la información de cualquier procedimiento de contratación.
- f) Presupuesto.-** conforme la norma lo dispone, previo al inicio de todo procedimiento de contratación es necesario certificar la disponibilidad de recursos para cubrir las obligaciones que han de adquirirse.
- g) Principios.-** Finalmente, puedo indicar que en todos los procedimientos de contratación deben por Ley, estar presentes todos los principios que rigen la Contratación Pública, entre los cuales destaco los de transparencia, publicidad, incluyendo personalmente, los de eficiencia y celeridad.

Adicionalmente, pero debido a la necesidad de tratamiento especializado sobre el tema, es preciso señalar que los procedimientos de contratación comparten una característica adicional en común, y es la existencia de pliegos². El pliego, en sencillas palabras es un cuestionario que tiene varios aspectos a ser cumplidos por los oferentes: siendo los principales los siguientes:

² Salvo en el caso de contrataciones por Ínfima Cuantía, los demás procedimientos de contratación requieren de la existencia de pliegos.

- a) Las condiciones generales que regirán el procedimiento de contratación.- forma de presentación de la oferta, plazo, monto del presupuesto referencial, condiciones que debe cumplir el oferente, entre otros;
- b) Las condiciones específicas que rodean al objeto del procedimiento.- características técnicas de funcionalidad del objeto, contenido y alcance en caso de productos, etc.;
- c) Metodología de evaluación.- parámetros de evaluación o calificación de las propuestas y de los factores que se tendrán en cuenta para la adjudicación, así como las causas que eventualmente, provocarán que la entidad contratante, declare desierto o cancele el procedimiento de contratación.

Como es de conocimiento general, una vez agotadas las etapas del procedimiento de contratación, corresponde a la máxima autoridad de la entidad contratante adjudicar el contrato a la mejor oferta presentada. No obstante en un criterio personal, esta adjudicación tiene el carácter de definitiva y por lo tanto vinculante, es decir que una vez emitida la resolución de adjudicación sus efectos son irreversibles e irrevocables.

En su corto ejercicio profesional, el autor ha podido conocer distintos criterios, como por ejemplo que el único efecto de la adjudicación es la firma del contrato, no obstante debo demostrar mi rechazo a tal argumento, sobre todo si consideramos que a partir de la expedición y notificación al oferente con la resolución de

adjudicación, se empiezan generar derechos y obligaciones, tanto en favor del contratante como del contratista.

En efecto, la adjudicación conlleva la posibilidad de celebrar el contrato, no obstante también genera el derecho del contratista a realizar movimientos de personal, incurrir en gastos administrativos de adquisición de insumos y materiales necesarios para poder cumplir con el objeto del contrato del cual ha sido justo ganador y por ende adjudicatario. En ese mismo sentido, genera el derecho en la entidad contratante de planificar la recepción de una obra, bien o servicio en las condiciones esperadas, para lo cual deja de lado otras propuestas de otros oferentes.

Tan es cierto este criterio, que por la falta de firma del contrato por razones imputables al contratista, genera que éste sea declarado como adjudicatario fallido, lo cual busca en cierta manera resarcir un daño provocado a la entidad contratante, de donde me pregunto, si la única acción derivada de la adjudicación es la firma del contrato, porqué habría la necesidad de sancionar al contratista por no hacerlo???, más aún si consideramos que antes de la celebración del contrato, la única parte que incurre en gastos es el oferente adjudicado quien debe obtener las garantías correspondientes, además de los documentos que contrariamente a la Ley, se continúan solicitando por las entidades contratantes.

De esta manera, como es posible sancionar a alguien por no firmar un contrato, cuando aún no se ha producido un perjuicio en contra de la entidad contratante, y en el peor de los casos, dicho perjuicio tampoco alcanzaría para justificar la

sanción impuesta al adjudicatario fallido que es de 3 años de inclusión en el Registro de Incumplimientos a cargo del SERCOP.

En efecto, una sanción, en términos generales es el medio a través del cual **se busca resarcir o indemnizar el daño causado a la contraparte**; lo cual **en el caso de la falta de celebración del contrato, EFECTIVAMENTE SUCEDE**, pues como repito, las dos partes se ven perjudicadas por la falta de celebración del contrato, debiendo una de ellas –la causante- responder por el perjuicio irrogado en contra de la otra.

Otra de las formas de sanciones previstas en Contratación Pública, la constituyen las multas, las cuales están concebidas como un medio efectivo para restituir un **daño y/o perjuicio** ocasionado a la entidad contratante. En este punto, respecto de las multas, podemos parafrasear al tratadista Jorge Dussán Hitscherich, quien en su obra *“Elementos del Contrato Estatal”*, afirma que *“La cláusula de multas como la cláusula penal, es una forma anticipada de **lograr la reparación de los perjuicios que se pueden percibir por el incumplimiento del contratista...**”*
(Las negrillas y el subrayado me corresponden)

Lo cual obedece a toda razón, pues solo cuando se ha producido un daño o perjuicio a la entidad contratante, ésta puede reclamar o demandar la reparación del daño ocasionado. Lamentablemente en la actualidad de la Contratación Pública, y por las consideraciones expuestas en el presente documento respecto a la incapacidad de los servidores públicos, hemos visto la imposición de multas por parte de los administradores del contrato, por la única razón de limpiar los errores

administrativos cometidos por ellos –recordemos que una de las labores del administrador es la de dar solución oportunamente a los problemas de carácter administrativo que afecten la normal ejecución del contrato- lo cual hace necesario invocar el contenido del artículo 76 número 3 de la Constitución de la República, el cual a la letra ordena:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

.....

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley....” (La negrilla y el subrayado me pertenecen).

De la norma constitucional invocada se desprende claramente que no puede haber sanción para un acto, sin que ésta haya sido prevista previamente en la Ley; debiendo señalar que al referirse a la Ley, solo se habla de una norma de carácter legal, sino también al contrato debidamente celebrado entre las partes, pues así lo dispone el artículo 1561 de la Codificación del Código Civil, que manifiesta la máxima legal de que **EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES**; y en este sentido, la ley de las partes, debe contener de manera clara y sin que pueda prestarse a errores las causas sobre las cuales procederá la imposición de una multa, lo contrario devendría en contrario a derecho e **INCONSTITUCIONAL**.

Respaldao lo dicho, el artículo 226 de la Constitución de la República prohíbe a los servidores públicos, todo tipo de actuación contraria a la ley, señalando que:

*“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán **SOLAMENTE LAS COMPETENCIAS Y FACULTADES QUE LES SEAN ATRIBUIDAS** en la Constitución y **LA LEY**. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”* (Las negrillas, mayúsculas y el subrayado me corresponden)

Concluyendo de esta manera, que los servidores públicos únicamente pueden actuar dentro del margen que les ha sido conferido por la Ley, cualquier otro tipo de actuación, será sancionado o por lo menos debería ser sancionado con todo el rigor de la Ley dado el grado de afectación del que puede ser víctima el contratista.

Para ahondar un poco más en el tema, me permito resaltar el criterio expuesto, en más de una ocasión por el señor Procurador General del Estado, quien ha sido enfático al señalar que las entidades contratantes están en la obligación de “cobrar las multas que correspondan, tomando en **cuenta las cláusulas contractuales**”³; es decir, que si en el contrato no se encuentra estipulado de manera taxativa la

³ Oficio de la Procuraduría General del Estado No 02400 de 20 de junio de 2011, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 486 de 7 de julio de 2011.

imposición de una multa y la causal por la que se impone, **la entidad contratante, no puede imponer ningún tipo de sanción.**

Así me permito indicar los siguientes pronunciamientos:

- **Pronunciamiento de Procuraduría General del Estado contenido en el oficio No 02400 de 20 de junio de 2011:**

La contratante deberá “...establecer el tiempo real de mora en el cumplimiento de tales obligaciones y cobrar las multas que correspondan, **tomando en cuenta las cláusulas contractuales al tenor de los principios previstos en los Arts. 1561 y 1568 del Código Civil**” (La negrilla y el subrayado me pertenecen)

- **Pronunciamiento de Procuraduría General del Estado contenido en el oficio No 05952 de 3 de febrero de 2009:**

“Considerando que no se ha previsto en el contrato ni en la normativa aplicable la imposición de una multa por la terminación de mutuo acuerdo, así como, por cuanto dicha decisión responde a la voluntad de las partes para extinguir la relación contractual, en esta clase de terminación no procede el cobro de multas.” (La negrilla y el subrayado me pertenecen)

Pudiendo concluir de los pronunciamientos antes señalados que **es ilegal, ilegítimo e incluso inconstitucional pretender aplicar una multa por una circunstancia distinta a las establecidas en el contrato.**

Por lo expuesto, en un criterio personal, debería también la posibilidad de que los contratistas en casos en que se evidencie este tipo de errores por parte de las entidades contratantes, puedan solicitar o demandar de manera efectiva la reparación del daño ocasionado.

Lo cual no resultaría tan descabellado como se escucha, sobre todo si tenemos en cuenta que el artículo 11, número 9 de la Constitución de la República a la letra dispone:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

.....

9. El más alto deber del Estado consiste en RESPETAR Y HACER RESPETAR los derechos garantizados en la Constitución.

*El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a **REPARAR LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, O POR LAS ACCIONES U OMISIONES DE SUS FUNCIONARIAS Y FUNCIONARIOS, Y EMPLEADAS Y EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL DESEMPEÑO DE***

SUS CARGOS....” (La negrilla, el subrayado y las mayúsculas no corresponden al texto original)

A pesar de la realidad de la Contratación Pública descrita en el presente documento, y del anhelo y criterio de cambio planteado por el autor, la realidad de esta materia obliga a mantenernos expectantes de los avances y demás cambios que se presentan en el día a día de esta actividad, la cual no solo deja frutos desagradables como los antes descritos, sino también incluye la satisfacción del deber cumplido y sobre todo de la colaboración a uno de los sectores que constituyen un motor de la economía nacional.

WILLIAM YÁNEZ R.